

manuel

Jean-René Binet

DROIT DE LA BIOÉTHIQUE

2^e édition

LGDJ

un savoir-faire de
lextenso

Jean-René BINET

Professeur à la Faculté de droit et de science
politique de l'Université de Rennes

DROIT DE LA BIOÉTHIQUE

2^e édition

Du même auteur :

Droit et progrès scientifique, science du droit, valeurs et biomédecine, PUF/Le Monde, 2002, coll. « Partage du savoir », préf. C. Labrusse-Riou, postface B. Beignier.

Le nouveau droit de la bioéthique, LexisNexis Litec, 2005, coll. « Carré droit ».

Droit médical, Montchrestien, 2010, coll. « Cours ».

La réforme de la loi bioéthique, LexisNexis, 2012, coll. « Actualité », préf. J. Leonetti.

Droit des personnes et de la famille, LGDJ, coll. « Cours », 5^e éd., 2022.

Introduction au droit (avec Bernard Beignier et Anne-Laure Thomat-Raynaud), LGDJ, coll. « Cours », 8^e éd., 2022.



© 2023, LGDJ, Lextenso

1, Parvis de La Défense • 92044 Paris La Défense Cedex

www.lgdj-editions.fr

EAN : 9782275062310 • ISSN 0990-3909

Remerciements

Cet ouvrage, dont la première édition avait été commencée lors d'une délégation à l'Institut universitaire de France (IUF), est le fruit de nombreuses années d'enseignement du droit de la bioéthique devant les étudiants de l'Université de Rennes, de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne et de l'Université de Franche-Comté ainsi que de Sciences Po Paris. Les questions posées par les étudiants et leurs nombreuses réflexions ont constamment enrichi la pensée de leur professeur qui leur adresse ici ses plus sincères remerciements.

Principales abréviations

<i>Adde</i>	Ajouter
<i>AJ famille</i>	<i>Actualité juridique famille</i>
<i>ALD</i>	<i>Actualité législative Dalloz</i>
<i>Arch. philo. droit</i>	<i>Archives de philosophie du droit</i>
<i>Arr.</i>	Arrêté
<i>Art.</i>	Article
<i>Bull.</i>	<i>Bulletin des arrêts de la Cour de cassation</i>
<i>C.</i>	Code
<i>CDHB</i>	Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine (Convention d'Oviedo)
<i>CEDH</i>	Cour européenne des droits de l'homme
<i>Ch.</i>	Chambre
<i>D.</i>	<i>Recueil Dalloz</i>
<i>DA</i>	<i>Dalloz analytique</i>
<i>Décr.</i>	<i>Décret</i>
<i>DH</i>	<i>Recueil hebdomadaire Dalloz</i>
<i>Dict. perm. bioéth. biotech.</i>	<i>Dictionnaire permanent Santé, bioéthique et biotechnologie</i>
<i>DP</i>	<i>Recueil périodique Dalloz</i>
<i>Dr. famille</i>	<i>Droit de la famille</i>
<i>Gaz. Pal.</i>	<i>Gazette du palais</i>
<i>J.-Cl.</i>	<i>JurisClasseur</i>
<i>JCPN</i>	<i>JurisClasseur périodique, La semaine juridique, édition Notariat</i>
<i>JCPG</i>	<i>JurisClasseur périodique, La semaine juridique, édition Générale</i>
<i>JDI</i>	<i>Journal du droit international (« Clunet »)</i>
<i>JIB</i>	<i>Journal international de bioéthique</i>
<i>JO</i>	<i>Journal officiel, Lois et décrets</i>
<i>JOAN CR</i>	<i>Journal officiel, débats parlementaires, Assemblée nationale</i>
<i>JO Sénat CR</i>	<i>Journal officiel, débats parlementaires, Sénat</i>
<i>JOCE</i>	<i>Journal officiel des Communautés européennes</i>
<i>JOUE</i>	<i>Journal officiel de l'Union européenne</i>
<i>L.</i>	Loi
<i>LPA</i>	<i>Les Petites Affiches</i>
<i>RD pén. crim.</i>	<i>Revue de droit pénal et de criminologie</i>
<i>Rev. Dr sanit. soc.</i>	<i>Revue de droit sanitaire et social</i>
<i>Rev. DIP</i>	<i>Revue de droit international privé</i>
<i>RDC</i>	<i>Revue des contrats</i>
<i>RDP</i>	<i>Revue du droit public et de la science politique</i>

<i>Rec. CE</i>	<i>Recueil des décisions du Conseil d'État (« Lebon »)</i>
<i>Rec. Cons. const.</i>	<i>Recueil des décisions du Conseil constitutionnel</i>
<i>Rev. crit. DIP</i>	<i>Revue critique de droit international privé</i>
<i>Rev. sc. crim.</i>	<i>Revue de la science criminelle</i>
<i>RF sc. pol.</i>	<i>Revue française de science politique</i>
<i>RFD adm.</i>	<i>Revue française de droit administratif</i>
<i>RGDM</i>	<i>Revue générale de droit médical</i>
<i>RID comp.</i>	<i>Revue internationale de droit comparé</i>
<i>RID éco.</i>	<i>Revue internationale de droit économique</i>
<i>RID pén.</i>	<i>Revue internationale de droit pénal</i>
<i>RJPF</i>	<i>Revue juridique personnes et famille</i>
<i>RLDC</i>	<i>Revue Lamy de Droit civil</i>
<i>RRJ</i>	<i>Revue de la recherche juridique. Droit prospectif</i>
<i>RTD civ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
<i>S.</i>	<i>Recueil Sirey</i>
<i>V.</i>	<i>Voir</i>

Sommaire

Remerciements	5
Principales abréviations	7
Introduction : de la bioéthique au droit de la bioéthique	13

PREMIÈRE PARTIE – LES SOURCES DU DROIT DE LA BIOÉTHIQUE

TITRE 1. Les sources légales du droit de la bioéthique 29

Chapitre 1. L'identification et le contenu des lois de bioéthique 31

Section 1. Les premières lois de bioéthique et leurs prémices historiques	31
§ 1. Les prémices historiques des lois de bioéthique	31
§ 2. Les premières lois de bioéthique	40
Section 2. Les révisions ultérieures et les lois complémentaires ...	45
§ 1. Les révisions ultérieures	45
§ 2. Les lois complémentaires	56

Chapitre 2. La spécificité de l'élaboration des lois de bioéthique 65

Section 1. Des lois écrites à main guidée	65
§ 1. L'expertise biomédicale	66
§ 2. L'institutionnalisation de l'opinion publique	72
Section 2. Des lois écrites d'une main tremblante	81
§ 1. Le choix de la méthode expérimentale	81
§ 2. Les effets de la méthode expérimentale	87

TITRE 2. Les sources extra-légales du droit de la bioéthique 93

Chapitre 1. Les sources juridiques extra-légales 95

Section 1. Les sources supra-législatives	95
§ 1. Les sources constitutionnelles	95
§ 2. Les sources internationales	98
§ 3. Le droit de l'Union européenne	107
Section 2. Les sources infra-législatives	108
§ 1. Le droit réglementaire de la bioéthique : décrets et arrêtés	109
§ 2. Le pilier réglementaire de la bioéthique : l'Agence de la biomédecine	109

Chapitre 2. Les sources éthiques	115
Section 1. Le Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé	115
§ 1. Le statut et la composition du CCNE	116
§ 2. Le domaine de compétence et les modalités de saisine du CCNE ...	119
§ 3. Les missions du CCNE	120
Section 2. Les autres comités	123
§ 1. Au plan international	123
§ 2. En France	125

DEUXIÈME PARTIE – LES NORMES DU DROIT DE LA BIOÉTHIQUE

TITRE 1. Les principes fondamentaux du droit de la bioéthique	131
--	-----

Chapitre 1. Les principes de protection de la personne humaine	133
Section 1. Le principe de protection de la vie humaine	133
§ 1. Le droit à la vie de la personne humaine	133
§ 2. Le principe de respect de l'être humain dès le commencement de sa vie	134
Section 2. Le principe de dignité de la personne humaine	135
§ 1. Un principe moral de portée universelle	136
§ 2. La consécration et l'application du principe de dignité en droit français	138
Section 3. Le principe de primauté de la personne humaine	146
Chapitre 2. Les principes de protection du corps humain	149
Section 1. Le principe de respect du corps humain	149
Section 2. Le principe d'inviolabilité du corps humain	150
§ 1. La protection de l'intégrité corporelle	150
§ 2. Les exceptions au principe	151
Section 3. Le principe d'extra-patrimonialité du corps humain	152
§ 1. Le principe de gratuité des opérations juridiques portant sur le corps humain	152
§ 2. Le principe d'indisponibilité du corps humain	154
Chapitre 3. Les principes de protection de l'espèce humaine ...	157
Section 1. Le principe de protection de l'intégrité de l'espèce humaine	157
§ 1. Le principe général d'interdiction des atteintes à l'intégrité de l'espèce humaine	158

§ 2. Les applications particulières du principe d'interdiction des atteintes à l'intégrité de l'espèce humaine	160
Section 2. Le principe de précaution	167
TITRE 2. Les règles spéciales du droit de la bioéthique	171
Chapitre 1. Le droit du début de la vie	173
Section 1. La procréation médicalement contrariée	173
§ 1. La contraception	173
§ 2. L'interruption volontaire de grossesse	181
Section 2. L'assistance médicale à la procréation	193
§ 1. Les techniques d'assistance médicale à la procréation	195
§ 2. Les conditions d'accès à l'assistance médicale à la procréation ..	205
§ 3. Les conséquences juridiques du recours à l'assistance médicale à la procréation	220
Chapitre 2. Le droit de la fin de vie	243
Section 1. Le droit et les modalités de l'arrêt des traitements	245
§ 1. Le droit au refus des traitements	245
§ 2. Les modalités de limitation ou d'arrêt des traitements	246
Section 2. Le droit au traitement de la souffrance	256
§ 1. L'accompagnement et les soins palliatifs	256
§ 2. L'analgésie et la sédation	258
Section 3. Vers une légalisation de l'euthanasie et du suicide assisté ?	260
Chapitre 3. Le droit de l'utilisation du corps humain	263
Section 1. Les prélèvements d'organes	264
§ 1. Le prélèvement d'organes sur donneur vivant	265
§ 2. Le prélèvement d'organes sur donneur décédé	276
Section 2. Les autres éléments et produits	289
§ 1. Les tissus et cellules	289
§ 2. Le sang et les gamètes	296
§ 3. Les éléments et produits non soumis au cadre général	309
Section 3. Le don de corps	311
Section 4. Dispositions pénales	312
Chapitre 4. Le droit de la génétique et des neurosciences	315
Section 1. La génétique	315
§ 1. L'inaccessibilité juridique de l'information génétique	316
§ 2. L'accès conditionnel à l'information génétique	321
§ 3. Les sanctions pénales liées à l'utilisation de l'information génétique	338

Section 2. Les neurosciences	339
§ 1. La définition et les enjeux des neurosciences	340
§ 2. L'encadrement de l'utilisation des neurosciences	340
Chapitre 5. Le droit de la recherche portant sur l'homme	343
Section 1. Les recherches impliquant la personne humaine	343
§ 1. Les conditions de réalisation des recherches	344
§ 2. La responsabilité résultant des recherches	351
Section 2. Les recherches sur l'embryon humain	355
§ 1. De l'interdiction ferme à l'autorisation sous condition	356
§ 2. Les conditions de réalisation des recherches	359
§ 3. La responsabilité résultant des recherches	368
Bibliographie indicative	371
Index	375

Introduction : de la bioéthique au droit de la bioéthique

1. Bioéthique, éléments d'une définition. – Il serait impossible de débiter ce manuel sans tenter de poser une définition de son objet. Qu'est-ce que le droit de la bioéthique ? La réponse est périlleuse. Le terme « bioéthique » est forgé par la combinaison de « bio », issu de *bios* – qui signifie vie – et « éthique », issu de *ethos* – qui signifie morale ou éthique. Vie et morale. Comment comprendre l'association étymologique des deux termes ? Nul ne se risquerait à penser que la bioéthique pourrait être la morale *de la vie*. Il serait en revanche plus tentant d'en faire la morale *des sciences de la vie*. Est-ce cela ? Le mieux pour le savoir est de se reporter à ce qu'en a dit celui qui a utilisé ce terme pour la première fois pour décrire ce que nous allons envisager dans cet ouvrage : le cancérologue américain, Van Rensselaer Potter. En 1971, dans son ouvrage intitulé *Bioethics, bridge to the future*, il définit la bioéthique comme une combinaison des connaissances biologiques (*bios*) et des valeurs humaines (*ethos*)¹. Pour lui, il ne s'agit donc pas à proprement d'une morale des sciences de la vie, mais d'une métamorphose de l'éthique par insertion d'une composante scientifique. À défaut d'être une morale de la science, la bioéthique serait une morale scientifique. Comme souvent, l'approche étymologique est insuffisante. Elle mérite d'être complétée par une approche juridique.

2. Approche juridique. – Si l'on en vient au droit, le terme « bioéthique » se rencontre dans quelques rares dispositions qui, malheureusement, ne le définissent pas. Ainsi, l'article L. 1412-1-1 du Code de la santé publique prévoit-il l'organisation obligatoire, dans certaines circonstances, d'« états généraux de la bioéthique », quand l'article L. 1412-6 envisage « l'organisation de débats publics afin de promouvoir l'information et la consultation des citoyens sur les questions de bioéthique ». L'article D. 1421-1 associe la direction générale de la santé à l'élaboration des politiques relatives aux questions de bioéthique et l'article D. 162-6 dispose que les crédits de financement des missions d'intérêt général et d'aide à la contractualisation² peuvent être utilisés pour le financement du conseil des équipes hospitalières en matière « d'éthique, de bioéthique et de protection des personnes ». Enfin, les

1. Van Rensselaer POTTER, *Bioethics, Bridge to the Future*, Englewoods Cliffs, New Jersey, Prentice-Hall Inc., « Prentice-Hall biological science series », 1971 (v. déjà, du même auteur, « Bioethics, the science of survival », in *Perspectives in Biology and Medicine*, vol. 14, 1970). Si Potter est à l'origine de l'utilisation du terme « bioéthique » pour décrire ce qui constitue l'objet de nos développements, le même mot avait été employé par un auteur allemand, Fritz JAHR dans un article publié en 1927 (« Bio-Ethik: Eine Umschau über die ethischen Beziehungen des Menschen zu Tier und Pflanze », in *Kosmos: Handweiser für Naturfreunde*, vol. 24). Dans cet article, Jahr proposait d'étendre l'impératif catégorique kantien de respect de la personne humaine à l'ensemble des formes de vie.

2. Souvent désignés par l'acronyme MIGAC.

articles L. 2141-1 et L. 2442-1-1 du Code de la santé publique font quant à eux référence aux « principes fondamentaux de la bioéthique prévus en particulier aux articles 16 à 16-8 du Code civil ». Faute de définition directe, c'est d'une définition indirecte qu'il faudra se contenter. Elle est donnée par l'article L. 1412-1 qui, sans utiliser le terme « bioéthique », envisage les missions du Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé (CCNE)³. Selon ce texte, le CCNE, institution indépendante composée de quarante-cinq membres choisis soit parce qu'ils appartiennent aux principales familles philosophiques et spirituelles, soit en raison de leur compétence et de leur intérêt pour les problèmes d'éthique, soit parce qu'ils appartiennent au secteur de la recherche⁴, « a pour mission de donner des avis sur les problèmes éthiques et les questions de société soulevés par les progrès de la connaissance dans les domaines de la biologie, de la médecine et de la santé, ou par les conséquences sur la santé des progrès de la connaissance dans tout autre domaine ».

3. Progrès scientifique, réflexion bioéthique, consécration juridique. –

Si l'on rapproche ces dispositions, il est d'abord possible de tirer la certitude que les avancées ou les progrès de la connaissance dans les domaines de la biologie, de la médecine et de la santé soulèvent des problèmes éthiques et des questions de société. Ensuite, on doit comprendre que ces questions doivent donner lieu à des débats publics et à des réflexions conduites dans le cadre d'une institution indépendante constituée de manière pluridisciplinaire chargée de rendre des avis, et qu'elles peuvent conduire à l'élaboration de politiques publiques. Enfin, elles sont régies par des principes fondamentaux prévus en particulier aux articles 16 à 16-8 du Code civil. Des tentatives de définition peuvent également être trouvées dans certains documents. Ainsi, l'exposé des motifs de la loi du 6 août 2004 définit les questions de bioéthique comme l'ensemble des « questions éthiques et sociétales liées aux innovations médicales qui impliquent une manipulation du vivant »⁵ et un rapport de décembre 2008 envisage la bioéthique comme la « science qui étudie les problèmes moraux soulevés par la recherche biologique, médicale ou génétique »⁶, que l'on peut désigner comme la « biomédecine ». Dans cette définition, la bioéthique est donc une science étudiant des problèmes moraux soulevés en matière de biomédecine. Il convient donc de croiser cette définition avec celle, indirecte, qui résulte de l'article L. 1412-1 du Code de la santé publique pour aboutir à la définition suivante : la bioéthique est la science qui étudie les problèmes éthiques et les questions de société soulevés par les avancées ou les progrès de la connaissance dans les domaines de la biologie, de la médecine et de la santé, c'est-à-dire la biomédecine.

3. Sur lequel v. *infra* n° 195 à 212.

4. C. sant. publ., art. L. 1412-2.

5. Exposé des motifs du projet de loi relatif à la bioéthique présenté en première lecture à l'Assemblée nationale le 20 juin 2001, *Doc. AN (2000-2001) n° 3166, exposé des motifs*, p. 4. Sur cette loi, v. *infra* n° 53 et s.

6. S. VELL, *Redécouvrir le Préambule de la Constitution*, Rapport au président de la République, La documentation française, déc. 2008, p. 77. Sur ce rapport, v. *infra*, n° 250.

4. Bioéthique, biomédecine. – Souhaitant définir la bioéthique, nous avons utilisé le substantif « biomédecine », né de la fusion des termes « biologie » et « médecine ». Il désigne l'ensemble des activités consistant en une intervention sur l'homme et tournées vers un but non nécessairement thérapeutique. La biomédecine se distingue alors de la médecine tant par son but que par les moyens qu'elle met en œuvre. Ainsi présentée, cette discipline regroupe des activités diverses, contrôlées ou ayant vocation à l'être par une institution spécialement établie à cette fin, l'Agence de la biomédecine⁷, et soumises à un ensemble de règles constitutives de ce qu'il convient de nommer le droit de la biomédecine⁸. En relèvent certaines pratiques relatives à la procréation, soit qu'elles visent à la permettre en dehors du processus naturel – c'est l'assistance médicale à la procréation⁹ – soit qu'elles tendent au contraire à contrarier l'apparition ou le développement de la vie humaine – il s'agit alors de l'interruption volontaire de grossesse¹⁰ ou de la stérilisation contraceptive¹¹. Y sont également incluses les multiples activités de prélèvement ou de collecte des éléments et produits du corps humain, qu'il s'agisse d'organes¹², de tissus¹³, de sang¹⁴ ou encore de gamètes¹⁵. En font également partie, mais la liste n'est pas exhaustive, les recherches impliquant la personne humaine¹⁶, destinées à l'extension de la connaissance scientifique de l'être humain et des moyens susceptibles d'améliorer sa condition¹⁷, les recherches sur l'embryon¹⁸ ou encore la génétique¹⁹ et les neurosciences²⁰. L'apparente diversité de ces activités ne doit pas occulter une réelle cohérence entre les règles qui les encadrent, de sorte que l'on peut retenir qu'elles constituent une « nouvelle branche du droit »²¹, dont la doctrine démontre qu'elle ne doit pas être conçue dans un rapport d'autonomie à l'égard du droit commun et de la science du droit, notamment du nécessaire respect des droits protecteurs de la personne humaine et des multiples

7. Instituée par la loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique, l'Agence de la biomédecine est compétente dans les domaines de la greffe, de la reproduction, de l'embryologie et de la génétique humaine : v. J.-R. BINET, *Le nouveau droit de la bioéthique*, Litec, Carré droit, 2005, spéc. p. 14. Sur cette agence, v. *infra*, n° 178 à 193.

8. B. FEUILLET-LE MINTIER, « La biomédecine, nouvelle branche du droit ? », in B. FEUILLET-LE MINTIER, *Normativité et biomédecine*, Economica, 2003, pp. 1-11.

9. C. sant. publ., art. L. 2141-1. Sur l'assistance médicale à la procréation, v. *infra*, n° 376 à 471.

10. C. sant. publ., art. L. 2211-1 et s. Sur l'interruption volontaire de grossesse, v. *infra*, n° 349 à 375.

11. C. sant. publ., art. L. 2123-1, pour le régime relatif aux personnes majeures capables et 2123-2, pour les personnes majeures incapables. Sur la contraception, plus généralement, v. *infra*, n° 326 à 348.

12. C. sant. publ., art. L. 1231-1 A et s. Sur les prélèvements d'organes, v. *infra*, n° 516 à 578.

13. C. sant. publ., art. L. 1241-1 et s. Sur les prélèvements de tissus, v. *infra*, n° 580 à 586.

14. C. sant. publ., art. L. 1221-1 et s. Sur le sang, v. *infra*, n° 610 à 625.

15. C. sant. publ., art. L. 1244-1 et s. Sur les gamètes, v. *infra*, n° 626 à 552.

16. C. sant. publ., art. L. 1221-1 et s. Sur ces recherches, v. *infra*, n° 721 à 760.

17. C. sant. publ., art. L. 1121-2.

18. C. sant. publ., art. L. 2151-1 et s. Sur ces recherches, v. *infra*, n° 761 à 801.

19. V. *infra*, n° 660 à 714.

20. V. *infra*, n° 715 à 719.

21. B. FEUILLET-LE MINTIER, *op. cit.*

considérations anthropologiques mises au jour par la pensée juridique²². Ainsi, les progrès de la biomédecine soulèvent des questions et suscitent des interrogations ; la bioéthique y apporte des réponses ; le droit consacre les solutions ainsi proposées en veillant au nécessaire respect des droits de la personne humaine. Faut-il dès lors nommer ce droit « droit de la biomédecine » ou « droit de la bioéthique » ? Les deux approches ont leur légitimité. Parce qu'il encadre et régit la biomédecine, il s'agit bien d'un droit de la biomédecine, de la même façon que le droit qui encadre et régit les sociétés civiles et commerciales peut être nommé droit des sociétés. Cependant, la désignation de ce droit comme étant le droit de la bioéthique permet de tisser un lien entre le droit et sa source, comme en matière de droit constitutionnel. Or, ainsi que nous le verrons, le mode de production des normes juridiques est, en matière de bioéthique, d'une grande originalité. La compréhension de ce système normatif particulier est en outre indispensable pour saisir le sens profond des principes et règles juridiques gouvernant les activités biomédicales. Là où le « droit de la biomédecine » semble ne désigner qu'un ensemble de règles et de principes applicables aux activités biomédicales, le « droit de la bioéthique » désigne tout à la fois un système normatif, son organisation et son mode de fonctionnement et cet ensemble de règles et de principes. C'est la raison pour laquelle nous traiterons, dans le cadre de cet ouvrage, de « droit de la bioéthique »²³. Quelle est la finalité de ce droit ?

5. Avènement de la société technicienne et crise du progrès. –

Ainsi que la définition de la bioéthique l'indique, l'émergence de ce nouvel ordre normatif est liée à l'avènement de la société technicienne et à la crise du progrès²⁴ principalement due aux drames de la science, tels que les atrocités commises par les médecins du III^e Reich pendant la Seconde Guerre mondiale, les pollutions tous azimuts ou les catastrophes nucléaires. Inutile d'insister aujourd'hui sur le fait que ces conséquences nous lient, déjà, aux générations qui nous suivront. C'est ce contexte qui a conduit à l'émergence et au développement d'un droit dont l'une des

22. V. A. SUPLOT, *Homo juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Seuil, La couleur des idées, 2005, spéc. chapitre 1, « La signification de l'être humain : *imago Dei* », pp. 35-83. F. DEKUEWER-DÉFOSSÉZ, « De quelques difficultés dans les relations entre droit et médecine », in M.-C. ROUALT (dir.), *Mélanges offerts à Emmanuel Languavant*, L'Harmattan, 1999, pp. 127-145, spéc. p. 140.

23. Comme le font, notamment, C. LABRUSSE-RIOU, « Difficultés, contradictions et apories du droit de la "bioéthique" », in *Le droit privé français à la fin du xx^e siècle. Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 275-288. V. aussi, employant l'expression « droit bioéthique » : J. MORANGE, « Les caractères du droit bioéthique », *RDP* 2011, n^o 6, pp. 1521-1555 ; X. BLOY, *Biodroit, de la biopolitique au droit de la bioéthique*, LGDJ, coll. « Systèmes », 2016 ; ou accolant un terme à l'autre : H. GAUMONT-PRAT (dir.), *Droit et bioéthique, Mélanges en l'honneur de Jean Michaud*, LEH, 2012 ; CURAPP, *Bioéthique et droit*, actes du colloque « La protection juridique de la personne face aux risques biotechnologiques », PUF, 1988.

24. **Bibl.** : J. ELLUL, *La technique ou l'enjeu du siècle*, 2^e éd., Economica, 2008 ; J. BOUVERESSE, *Le mythe moderne du progrès Le mythe moderne du progrès : La critique de Karl Kraus, de Robert Musil, de George Orwell, de Ludwig Wittgenstein et de Georg Henrik von Wright*, Agone, 2017 ; R. ARON, *Les désillusions du progrès. Essai sur la dialectique de la modernité*, Gallimard, « Tel », 1996 ; J. MICHAUD, *Bioéthique, les enjeux du progrès scientifique*, Bruylant, 2001 ; F. ROUVILLOIS, *L'invention du progrès. Aux origines de la pensée totalitaire (1680-1730)*, th. Paris II, 1994, éd. Kimé, 1996 ; J.-R. BINET, *Droit et progrès scientifique*, PUF, coll. « Partage du savoir », 2002 ; I. STENGERS, *Sciences et pouvoirs. La démocratie face à la technoscience, La Découverte*, « Science et société », 1997 ; *Droit et science*, Archives de philosophie du droit, tome 36, Sirey, 1991 ; J. ELLUL, « L'ambivalence du progrès technique », *Revue administrative* 1965, pp. 380-391.

finalités est – doit être – d’encadrer l’exercice de la liberté de l’homme pour lui éviter d’organiser sa propre perte. Ce but ressort très clairement du préambule de la très importante Convention pour la protection des Droits de l’Homme et de la dignité de l’Être humain à l’égard des applications de la biologie et de la médecine, sur laquelle nous reviendrons plus tard²⁵. Ses considérants évoquent les « rapides développements de la biologie et de la médecine », la « nécessité de respecter l’être humain à la fois comme individu et dans son appartenance à l’espèce », « l’importance d’assurer sa dignité », ou encore la conscience des « actes qui pourraient mettre en danger la dignité humaine par un usage impropre de la biologie et de la médecine ». Ils affirment alors que « les progrès de la biologie et de la médecine doivent être utilisés pour le bénéfice des générations présentes et futures »²⁶. La résurgence de certaines pratiques eugéniques et le développement de l’idéologie transhumaniste²⁷ tendant vers la fabrication de l’homme augmenté démontrent s’il en était besoin la nécessité de savoir affirmer des limites claires et intangibles aux pratiques scientifiques et médicales. Comment passer de l’injonction éthique à la prescription juridique ? Comment s’opère le passage de l’éthique au droit ?

6. Bioéthique : de l’éthique au droit²⁸. – Envisager le droit de la bioéthique suppose d’appréhender un système normatif ne relevant pas initialement du droit mais de la morale ou de l’éthique. Nous l’avons vu plus haut, telle que la bioéthique est définie par Van Rensselaer Potter en 1971, il s’agit d’une combinaison des connaissances biologiques et des valeurs humaines²⁹. Il la définit comme un mode de réflexion permettant, par une confrontation des idées entre médecins de considérer sans *a priori* les problèmes soulevés par le développement de leur science et de leurs pratiques pour leur apporter une réponse devant être « un pont vers l’avenir »³⁰. Très concrètement, dans un contexte de défiance à l’égard du progrès scientifique et de frilosité quant à ses applications sociales, Potter estime que la méthode qu’il propose permettra seule l’évolution des mentalités et des législations pour accueillir favorablement les possibilités techniques offertes par la science. Le mouvement bioéthique est ainsi invité à faire émerger une élite dont l’objectif sera d’influer sur les législations, de s’imposer comme un interlocuteur des gouvernants sur toutes les questions relatives aux problèmes de société posés par le développement de la science biomédicale³¹. La réflexion

25. V. *infra*, n° 160 à 166.

26. Convention européenne sur les droits de l’homme et la biomédecine, Oviedo, 4 avr. 1997, préambule, al. 12.

27. Sur la question, v. *infra* n° 63, 68, 313.

28. C’est le titre du rapport du Conseil d’État qui, en 1988, préfigurait les lois de bioéthique. V. *infra*, n° 43.

29. VAN RENSSELAER POTTER, *Bioethics, Bridge to the Future*, *op. cit.*

30. C’est évidemment la traduction du titre de l’ouvrage, chacun l’aura compris.

31. B. DE MALHERBE, « La souffrance comme justification des normes. Une histoire de la bioéthique », in *Sciences de la vie et éthique : un débat nécessaire*, Lethielleux, 2009, p. 30.

bioéthique tend donc vers sa consécration juridique. Un bref aperçu historique de son émergence permettra de s'en convaincre.

7. De l'éthique médicale à la bioéthique. – En raison de son objet, la bioéthique est souvent liée à l'éthique médicale. Elle serait, au moins pour partie, une actualisation du serment d'Hippocrate à l'ère biomédicale. Les choses sont en réalité plus complexes et nécessitent, pour être bien comprises d'identifier les jalons de l'histoire ayant conduit à l'émergence de la bioéthique telle que Potter la définit. Nous pourrions ainsi saisir que là où l'éthique médicale est destinée à poser des limites au pouvoir exercé par la médecine, la bioéthique tend, à l'opposé, à libérer la médecine de certaines de ces limites. La construction de ce système normatif ne peut alors être comprise qu'en rapprochant, au travers de l'histoire, deux événements très éloignés. Le premier événement est l'écriture du serment d'Hippocrate qui va durablement structurer l'éthique médicale, que l'on nomme aussi déontologie médicale. Le second événement est le procès des médecins nazis à l'issue de la Seconde Guerre mondiale qui a révélé les limites de l'éthique hippocratique et rendu nécessaire l'affirmation de nouveaux principes pour régir les recherches médicales.

8. Le serment d'Hippocrate. – S'il est important de débiter notre histoire avec l'évocation du serment d'Hippocrate, c'est en raison de sa signification profonde. C'est en effet parce que les médecins grecs ont pris conscience du pouvoir qu'ils pouvaient exercer sur les patients et de la nécessité de cantonner leur puissance qu'ils ont entendu affirmer l'existence de leurs devoirs. L'école qui a exercé l'influence la plus durable est sans conteste celle d'Hippocrate de Cos. Médecin appartenant à la race des Asclépiades, les descendants du dieu Asclépios³², sa pensée constitue une véritable rupture avec les conceptions de la maladie et du médecin qui prévalaient auparavant. En effet, alors que ses pères enseignaient que les maladies avaient une origine divine et que le ministère du médecin s'inscrivait nécessairement dans une pratique de type religieux, Hippocrate entend désacraliser la pratique médicale et trouver des causes physiologiques et rationnelles aux dysfonctionnements induits par la maladie. Dans le contexte du V^e siècle avant J.-C. et de la petite île de Cos où il s'est établi, cette conception est une véritable révolution, équivalente pour le corps à celle que la philosophie socratique a constitué pour le soin de l'âme³³. Toutefois, plus que sa vision des causes de la maladie, c'est la conception hippocratique des devoirs du médecin qui a permis d'inscrire le nom du médecin de Cos à la postérité. Le célèbre serment, probablement écrit après la mort du maître, a surmonté l'épreuve du temps et demeure, aujourd'hui encore, la référence symbolique essentielle des devoirs du médecin, même s'il a été progressivement remplacé, à partir de la fin du XVIII^e siècle, par une version plus moderne, prononcée

32. *Esculape* en latin, le Serment y fait une référence explicite puisque c'est notamment devant cette divinité que le médecin prête serment.

33. J.-F. MATTÉI, « La révolution antique : d'Alcméon à Galien », in D. FOLSCHEID, B. FEUILLET-LE-MINTIER et J.-F. MATTÉI, *Philosophie, éthique et droit de la médecine*, PUF, Thémis, 1997, p. 101-110, spéc. p. 104.

par le jeune médecin lors de la soutenance du doctorat : le serment de Montpellier³⁴. Toutefois, pour l'essentiel, les grands principes aujourd'hui affirmés dans le Code de déontologie médicale s'y trouvent déjà : rapports des médecins entre eux, devoirs à l'égard des patients, interdiction des actes homicides, importance du secret médical³⁵. Le serment, mais aussi à sa suite l'éthique ou la déontologie médicale, manifestent ainsi la volonté des médecins de limiter leur pouvoir qui ne saurait les autoriser à agir contre les intérêts essentiels de leurs patients. Cette logique montrera cependant ses limites au milieu du xx^e siècle.

9. Le procès de Nuremberg. – La Seconde Guerre mondiale fut le théâtre d'atrocités qu'il n'est pas nécessaire de décrire ici dans le détail. Au nombre de celles-ci toutefois, il est important de rappeler que les camps de la mort furent le lieu d'expérimentations médicales barbares³⁶ et que le régime nazi avait mis en œuvre une politique eugéniste de grande ampleur³⁷. La découverte de ces faits indicibles et proprement insupportables a conduit les Alliés à juger, en plus des criminels de guerre, ceux des médecins qui s'étaient compromis dans cette entreprise abjecte. Après son premier jugement, rendu le 1^{er} octobre 1946 contre les dignitaires du parti national-socialiste³⁸, le tribunal militaire international,

34. E. TERRIER, *La déontologie médicale*, th. Montpellier, Les études hospitalières, 2003, spéc. p. 88.

35. E. TERRIER, *op. cit.*, spéc. p. 73-81.

36. **Bibl.** : J. OLF-NATHAN (dir.), *La science sous le Troisième Reich*, Seuil, « Science ouverte », 1993 ; B. MÜLLER-HILL, *Science nazie, science de mort*, Odile Jacob, 1989 ; A. PICHOT, *La société pure, de Darwin à Hitler*, Flammarion, 2000 ; R. JAY-LIFTON, *Les Médecins nazis. Le meurtre médical et la psychologie du génocide*, Robert Laffont, 1989 ; J.-P. BAUD, « Genèse institutionnelle du génocide », in J. OLF-NATHAN (dir.), *op. cit.*, spéc. pp. 177-195 ; H. KAUPEN-HAAS, « Le Troisième Reich à l'origine des technologies de la reproduction et de la génétique », *ibid.* spéc. pp. 287-302 ; B. MASSIN, « Anthropologie raciale et national-socialisme : heurs et malheurs du paradigme de la "race" », *ibid.*, spéc. pp. 197-262 ; H. MEHRTESS, « Mathématiques, sciences de la nature et national-socialisme : quelles questions poser ? », *ibid.*, spéc. pp. 33-49 ; N. SCHAPPACHER, « Questions politiques dans la vie des mathématiciens en Allemagne (1918-1935) », *ibid.*, spéc. pp. 51-90 ; P. WEINDLING, « Les biologistes de l'Allemagne nazie : idéologues ou technocrates ? », in J.-L. FISCHER et W. H. SCHNEIDER (dir.), *Histoire de la génétique. Pratiques, Techniques et Théories*, ARPEM/Sciences en situation, 1990, pp. 127-149 ; B. MÜLLER-HILL, « La génétique après Auschwitz », *Les Temps modernes*, n° 511, février 1989, pp. 52-85.

37. Pr. E. RÜDIN : « Le mérite historique éternel d'Adolf Hitler et de ceux qui le suivent aura été de dépasser les découvertes purement scientifiques, d'avoir osé faire le premier pas, le pas décisif, celui qui donna le cap à une action eugéniste géniale dans et sur le peuple allemand. Il s'agissait, pour lui et ses collaborateurs, de transposer dans la pratique les théories et les recommandations de la pensée sur la race nordique..., de mener le combat contre les races parasites de sang étranger, comme les Juifs et les Tsiganes... et d'empêcher que se reproduisent les porteurs de maladies héréditaires et les êtres héréditairement inférieurs. », « Dix ans d'État national-socialiste », in *Arch. f. Rassen u. Gesellschaftsbiol.* 36, 321 (1942-1943), cité par B. Müller-Hill, *op. cit.*, p. 65. Pour des déclarations similaires de biologistes et d'anthropologues, v. l'important article de B. MASSIN, *op. cit.*, *passim*, ainsi que le remarquable ouvrage déjà cité d'A. PICHOT, *La société pure...*, *passim*.

38. Douze condamnations à mort par pendaison : Martin Bormann (par contumace), Hans Frank, Wilhelm Frick, Hermann Göring (qui se suicide juste avant l'exécution de la sentence), Alfred Jodl, Ernst Kaltenbrunner, Wilhelm Keitel, Joachim von Ribbentrop, Alfred Rosenberg, Fritz Sauckel, Arthur Seyß-Inquart et Julius Streicher. Sept condamnations à des peines de prison allant jusqu'à la perpétuité : Karl Dönitz, Walter Funk, Rudolf Hess, Konstantin von Neurath, Erich Raeder, Baldur von Schirach et Albert Speer. Trois acquittements : Hans Fritzsche, Franz von Papen et Hjalmar Schacht.

installé à Nuremberg³⁹ devait juger les médecins⁴⁰. Leur procès, tenu à partir de novembre 1946, était destiné à punir les crimes⁴¹ résultant des expériences réalisées dans les camps de la mort⁴², le meurtre de cent douze déportés juifs dont les corps mutilés furent conservés comme collection anatomique à l'Université allemande de Strasbourg et enfin la participation au programme d'euthanasie T4⁴³.

10. Le « Code » de Nuremberg. – Loin d'avoir été perpétrés par quelques individus isolés, les crimes des médecins nazis furent des expériences médicales, conçues par des professionnels qui entendaient bien se justifier en démontrant qu'ils ne s'étaient écartés ni de la voie de la licéité ni de celle de l'honnêteté. Leur défense reposait alors sur de nombreux arguments d'ordre juridique et éthique. Ils invoquaient ainsi l'obsolescence du serment d'Hippocrate, devenu inadapté aux exigences de la science médicale moderne, l'existence d'expérimentations similaires aux États-Unis⁴⁴, le désintéressement des chercheurs, leur volonté d'amélioration du sort de l'humanité ou encore les limites du recours à des modèles animaux impliquant la légitimité des expériences sur l'homme. Allant plus loin dans leur argumentation, certains ont expressément regretté l'absence de règles internationales fixant le cadre juridique et éthique de l'expérimentation humaine⁴⁵. Sans référence précise, comment tracer la frontière séparant ce qui est acceptable de ce qui ne l'est pas ? Comment, dès lors, pourrait-on, sans violer le principe supérieur de légalité des délits et des peines, retenir la responsabilité de médecins qui, par leur action, avaient voulu améliorer le sort de l'humanité en utilisant des détenus qui étaient de toute façon condamnés à mort ? Voilà le piège dans lequel la défense

39. F. DE FONTETTE, *Le tribunal de Nuremberg*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1996.

40. B. HALIOUA, *Le procès des médecins de Nuremberg. L'irruption de l'éthique médicale moderne*, Vuibert, coll. « Espace éthique », 2007, p. 51 et s.

41. Pour une description précise, v. B. HALIOUA, *op. cit.*, p. 67-128.

42. À Dachau (évaluation de la résistance des êtres humains à haute altitude, recherche d'une vaccination contre le paludisme), Natzweiler (travaux sur le typhus, la variole, le choléra, la diphtérie, l'ictère infectieux), Buchenwald (conséquences des différents poisons et des effets de brûlure au phosphore sur les êtres humains) et Ravensbruck (efficacité thérapeutique des sulfamides, expériences de stérilisation).

43. En septembre 1939, Hitler ordonnait l'euthanasie de toutes les personnes atteintes de maladies incurables. Ce programme, qui a conduit à l'assassinat de 200 000 personnes à l'Institut de neurologie de l'hôpital de la charité au 4 Tiertenstrasse, à Berlin est nommé programme T4. Après les protestations des cardinaux Bertram et Faulhaber, dans le courant de l'année 1940, Mgr von Galen, évêque de Munster, prononça le 3 août 1941 un sermon dans lequel il expliquait comment étaient tués d'innocents malades. Des copies de son sermon furent distribuées dans toute l'Allemagne et sur le front, provoquant une vive émotion dans la population. Peu après, Hitler donna l'ordre de mettre un terme au programme d'euthanasie. Mgr von Galen, décédé en 1946, fut élevé à la dignité de Cardinal en raison du courage dont il a fait preuve pendant la guerre, et a été béatifié le 9 oct. 2005 par le Pape Benoît XVI.

44. Un terrible rapport révélera, quelques années plus tard, que le système de santé américain avait volontairement laissé sans traitements des malades atteints de la syphilis pour observer les effets à long terme de la maladie. L'expérience fut menée de 1932 à 1970 alors qu'à partir de 1943, la disponibilité de la pénicilline aurait permis de soigner les malades : *Report of the Tuskegee syphilis study ad hoc advisory board*, Washington DC, *The public health services*, 1973. Ce scandale est à l'origine du Rapport Belmont : *The national commission for the Protection of Human Subject of Biomedical and Behavioral Research, The Belmont Report*, 1978, trad. in *Cahiers de bioéthique*, Québec, Presses universitaires de Laval, 1982, n° 4, p. 233-250.

45. B. HALIOUA, *op. cit.*, spéc. p. 158.